



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Standortbestimmung und Problemstellungen der Praxis in der Schweiz

Uhlmann, Felix

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-87483>

Book Section

Originally published at:

Uhlmann, Felix (2013). Standortbestimmung und Problemstellungen der Praxis in der Schweiz. In: NWV. Wirkungsorientierte Verwaltung und Öffentlicher Dienst. Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag NWV, 319-348.

Standortbestimmung und Problemstellungen der Praxis in der Schweiz

Überlegungen zur Annäherung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechts an das Privatrecht

I. Thesen¹

Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz ist in den letzten Jahren durch eine starke Annäherung an das privatrechtliche Arbeitsrecht gekennzeichnet. Das schweizerische Bundesgericht hält in einem Entscheid vom 30. Januar 2006 fest²:

„Mit dem Bundespersonalgesetz sollte das Dienstrecht des Bundes flexibilisiert und den obligationenrechtlichen [=privatrechtlichen] Regeln angenähert werden.“

Wie ist diese Aussage im Lichte der heutigen schweizerischen Praxis zum öffentlichen Dienstrecht zu beurteilen? Welche praktischen Fragen wirft eine solche Annäherung auf?

Ausgegangen wird von folgenden Thesen:

1. Eine Annäherung an das private Arbeitsrecht hat stattgefunden. Sie betrifft nicht nur den Bund, sondern auch Kantone und Gemeinden.
2. Die markantesten Ausprägungen dieser Annäherung sind der Übergang zum unbefristeten Dienstverhältnis, Erleichterungen im Kündigungsrecht, die Einführung von Ele-

1 Der Vortragsstil wurde beibehalten. Ich danke meiner Assistentin, Frau lic. iur. Simone Wälle-Bär, bestens für die kompetente Überarbeitung des Textes sowie für die Ergänzung der Fussnoten.

2 BGE 132 II 161, 163 E. 3.1; vgl. Botschaft BPG, 1598; *Helbling*, Dienst, 242 f.; *Mosimann*, 450.

menten eines Leistungslohnes und die Entstehung eines kollektiven Arbeitsrechts im öffentlichen Dienst.

3. Die hauptsächlichsten Unterschiede zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsrecht sind heute – trotz Annäherung – im Bereich des Kündigungsrechts und im Bereich des Rechtsschutzes auszumachen.

4. Dogmatisch erscheint die Annäherung an das Privatrecht noch unbewältigt. Unsicherheiten bestehen namentlich bei der Frage, nach welchen Kriterien Privatrecht analog angewendet werden soll, ob das Privatrecht für öffentlich-rechtlich Beschäftigte Minimalgarantien enthält und ob eine vollständige Verlagerung des öffentlichen Dienstes ins Privatrecht zulässig wäre.

5. Flexibilisierung und Annäherung an das Privatrecht werfen auch Fragen auf, die unter heutigem Dienstrecht bisher wenig Beachtung gefunden haben. Genannt seien Mobbing (als Ausdruck abnehmender Arbeitsplatzsicherheit?), Haftung der Beamtin oder des Beamten gegenüber dem Gemeinwesen (als Ersatz für den Wegfall disziplinarischer Massnahmen?) und Grundrechts-garantien (als Ersatz für einfachgesetzliche Garantien?).

II. Flexibilisierung und Annäherung an das Privatrecht³

a) Unbefristete Dienstverhältnisse

1. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die früher gebräuchliche Wahl von Beamtinnen und Beamten für eine feste Amtsdauer im Bund und in den meisten Kantonen abgeschafft wurde⁴. Vorherrschend ist heute ein unbefristetes

3 Teilweise bereits publiziert in Felix Uhlmann, Aktuelle Problemstellungen im Verwaltungsrecht, Aktuelle Anwaltspraxis 2011, 870 ff.

4 Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1552; Helbling, Personalrecht, 31 f.; Donatsch, Rz. 1; vgl. Birkhäuser, 1 f.; Art 8 Abs 1 BPG und Art 9 Abs 1 BPG, wobei jedoch in Art 8 Abs 1 BPG iVm Art 9 Abs 4 und 5 BPG Ausnahmen vorgesehen sind; §§ 12 f PG ZH mit Ausnahmen in § 15 PG ZH; Art 6 PG GR; § 9 PG BS, wobei hier jedoch ausgeführt wird, dass das Arbeitsver-

öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis. Eine feste Amtsdauer besteht heute nur noch bei Magistratspersonen⁵ sowie für Personen in politisch exponierten Führungsfunktionen⁶.

2. Grundsätzlich werden die Dienstverhältnisse durch Verfügung, so etwa im Kanton Zürich⁷, oder durch verwaltungsrechtlichen Vertrag, so etwa im Kanton Basel-Stadt oder im Bund⁸, begründet⁹. Obwohl diese beiden Institute dogmatisch verschieden sind, hat die Art und Weise der Begründung kaum praktische Konsequenzen. Mir sind keine Fälle bekannt, bei welchen aus der Rechtsnatur des Ver-

hältnis auch durch Wahl auf feste Amtsdauer entstehen könnte, sofern dies gesetzlich vorgesehen sei; Art 16 f PG BE; vgl. dazu auch Referat anlässlich der Dreiländertagung von Häfelin, Öffentliches Personalrecht in der Schweiz: Vielfalt und Wandel, 273 ff.

5 Auf Bundesebene sind die Mitglieder des Bundesrats (Art 175 Abs 2 und 3 BV), die Bundesrichter und Bundesrichterinnen (Art 5 Abs 1 und Art 9 Abs 1 BGG) sowie der Bundeskanzler bzw. die Bundeskanzlerin Magistratspersonen (Jaag/Müller/Tschannen, Bundesverwaltungsrecht, 3, nach Häfelin, Personalrecht, N 37, sind auch die Mitglieder der Bundesversammlung Magistratspersonen). Im Kanton Zürich gelten als Magistratspersonen die Mitglieder der höchsten Exekutivbehörden und der Gerichte, aber auch die Ombudsperson (Jaag, Verwaltungsrecht, N 3014), im Kanton St. Gallen hingegen die Mitglieder des Regierungsrats und der Staatssekretär bzw. die Staatssekretärin (Art 74 Staatsverwaltungsgesetz SG).

6 Auf Bundesebene werden zB die Bundesstaatsanwälte und Bundesstaatsanwältinnen (Art 32 Abs 1 lit c PBV) auf eine feste Amtsdauer gewählt. Im Kanton Zürich besteht die Wahl auf Amtsdauer zB bei den Bezirksrichter/innen und Statthalter/innen (Art 80 Abs 2 KV ZH).

7 § 12 Abs 1 PG ZH, wobei jedoch in besonderen Fällen das Arbeitsverhältnis auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet werden kann (§ 12 Abs 2 PG ZH).

8 Art 8 Abs 1 BPG; § 9 PG BS.

9 Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1551 f, mit dem Hinweis, dass es sich um eine mitwirkungsbedürftige Verfügung handelt, da diese nur mit Zustimmung des zukünftigen Arbeitnehmers ergeht.

tragsschlusses Konsequenzen für den Entscheid im Einzelfall abgeleitet worden wären¹⁰.

b) Kündigungsschutz

3. Während bei der Beamtenwahl auf feste Amtsdauer eine Entfernung aus dem Amt während der Amtsdauer nur unter äusserst restriktiven Voraussetzungen möglich war¹¹, stellt sich heute bei unbefristeten Dienstverhältnissen die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kündigen und vor allem, aus welchen Gründen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auflösen kann. Typische Kündigungsgründe auf Seiten des Arbeitgebers sind Verhinderung an der Aufgabenerfüllung, Aufhebung der Arbeitsstelle, ungenügende Leistungen und Pflichtverletzungen¹².

4. Eine Kündigung kann also auch aus Gründen, die allein beim Arbeitgeber liegen, beispielsweise Reorganisationsen, ausgesprochen werden¹³. Praktisch ist zu beachten, dass solche betrieblichen Gründe von Gerichten teilweise gar nicht oder nur sehr zurückhaltend geprüft werden. In einem Entscheid vom 24. Januar 2006 hielt die Eidgenössische Personalrekurskommission fest, dass die Frage, ob ein

10 Vgl ausführlich zur Begründung durch Verfügung oder Vertrag *Nuyen*, 136 ff.

11 *Michel*, 159 f.; *Rhinow/Krähenmann*, 483 f.; vgl. zB Art 36 Beamtengesetz VS.

12 Vgl § 30 Abs 2 PG BS; Art 9 PG GR; Art 59 PG NW. Im Bund werden unter anderem die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten, Mängel in der Leistung oder im Verhalten, mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten, sowie schwer wiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe angeführt (vgl Art 12 Abs 6 BPG). Demgegenüber lehnt sich das PG des Kantons Zürich mehr an das OR an bzw. übernimmt dessen Regelungen oder verweist auf diese (§§ 18 ff PG ZH; Art 336 ff OR).

13 Teilweise ist vorgesehen, dass der betroffenen Person nach Möglichkeit eine zumutbare andere Arbeit angeboten werden muss (Art 12 Abs 6 BPG); ähnlich Art 9 Abs 2 lit d PG GR iVm Art 17 Abs 1 PG GR; Art 30 PG BE iVm Art 23 PG BE; Art 59 Abs 1 Ziff 2 PG NW).

Amt oder eine Stelle noch gebraucht werde, organisatorischer Natur sei und damit nicht eine Frage des Personalrechts, sondern der Verwaltungsorganisation darstelle, über deren Zweckmässigkeit Gerichtsbehörden grundsätzlich nicht zu entscheiden hätten¹⁴. Damit geht zwar der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als derjenige nach Art. 336 OR, denn das private Arbeitsrecht ist vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit beherrscht¹⁵ und kennt nur einige wenige Missbrauchstatbestände¹⁶. Der Schutz im öffentlichen Dienstrecht hat aber heute – ungeachtet jeder politischen Stellungnahme – doch erhebliche Relativierungen erfahren.

Als Beispiel ist ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. August 2007 zu nennen¹⁷. Darin wurde einem Assistenten der ETH Zürich fristlos gekündigt, weil offenbar persönliche Unverträglichkeiten zwischen Assistent und Doktorvater bestanden. Den Akten ist zu entnehmen, dass „die Wellenlänge zwischen dem Beschwerdeführer und dem Doktoratsleiter nicht stimmte und was vom einen ausgesendet wurde, beim anderen in völlig verzerrter Wahrnehmung erschien“¹⁸. Das Gericht war der Auffassung, dass an diesem Zustand weder Doktorand noch Doktorvater völlig unschuldig waren. Eine ordentliche Kündigung erschien dem Gericht unter diesen Umständen als zulässig, nicht jedoch eine fristlose Kündigung. Entsprechend sprach es dem Beschwerdeführer den Lohn bis zur ordentlichen Kündigungs-

14 Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 24. Januar 2006, PRK 2005-028/049, VPB 70.53, E 3b. Vgl. auch Urteil des BVGer A-4749/2010 vom 3. Dezember 2010, E 4 sowie A-626/2010 vom 14. Oktober 2010 betreffend Stelleneinreichungen.

15 Art 335 Abs 1 OR sieht vor, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden kann; *Portmann/Stöckli*, N 666; *Streiff/von Kaenel*, Art 336 N 2 mwH.

16 Art 336 OR; vgl *Portmann/Stöckli*, N 686 ff; *Streiff/von Kaenel*, Art 336; N 2.

17 Unveröffentlichter BVGE vom 20. August 2007, Urteil A-841/2007.

18 Unveröffentlichter BVGE vom 20. August 2007, Urteil A-841/2007, E 7.8

frist zu sowie eine Entschädigung in der Höhe eines Monatslohnes, d. h. in concreto CHF 3'558.35 netto¹⁹.

5. Sonst kommt bei einer ungültigen Kündigung in der Regel der Grundsatz „Weiterbeschäftigung vor Entschädigung“ zur Anwendung²⁰. Aus praktischen Gründen, insbesondere nach einer Freistellung und bei einem länger dauernden Prozess, ist rein faktisch die Rückkehr an den Arbeitsplatz nicht mehr möglich, so dass die Ansprüche der oder des Entlassenen im Wesentlichen auf Schadenersatz beschränkt sind²¹.

6. Die Bedeutung des Kündigungsschutzes ist deshalb schon heute zu relativieren. Überdies ist nicht ausgeschlossen, dass sich Bund und Kantone weiter an die privatrechtliche Regelung des Obligationenrechts annähern. In einem Entscheid vom 8. Dezember 2006 hatte das Schweizerische Bundesgericht die personalrechtlichen Grundlagen aus dem Kanton Appenzell-Aargau zu beurteilen²². In diesem Fall stand der Beschwerdeführer in einem unbefristeten öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis zum Kanton. Gemäss den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen wurde hinsichtlich materieller Kündigungsregelung auf das Obligationenrecht verwiesen.

19 Im unveröffentlichten BVGE vom 15. August 2007, Urteil A-1781/2006, E.2.1.1, hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass betreffend die materielle Beurteilung einer fristlosen Kündigung nach BPG auf die Rechtsprechung des Obligationenrechts zurückgegriffen werden könne, da die beiden Bestimmungen identisch formuliert seien.

20 Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1558; Art. 14 BPG; § 39 Abs. 2 und 3 PG BS; anders die Regelung in § 18 Abs. 3 PG ZH, welche auf das Privatrecht verweist (vgl. Entscheid des VGer ZH vom 12. August 2005, PB.2005.00018, E. 6.2 und Entscheid des VGer ZH vom 11. Juni 2003, PB.2003.00011, E. 2b, wonach nach § 18 Abs. 3 PG ZH kein Anspruch auf Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung, sondern lediglich ein Entschädigungsanspruch besteht). Im Privatrecht löst auch eine missbräuchliche Kündigung das Arbeitsverhältnis in jedem Fall auf und es ist lediglich eine Entschädigung geschuldet (Art. 336a OR; Portmann/Stöckli, N 666).

21 Vgl. Poledna, 230 f.

22 Unveröffentlichter BGE vom 8. Dezember 2006, Urteil 2P.152/2006.

nenrecht verwiesen. Das Bundesgericht hielt dazu fest²³:

„Insbesondere wird die Ausübung des Kündigungsrechts nicht von (zusätzlichen) materiellen Voraussetzungen abhängig gemacht. Damit ist der Kanton als Arbeitgeber bei der Ausübung des Kündigungsrechts, unter Vorbehalt der in Art. 336 OR (missbräuchliche Kündigung) und Art. 336c OR (Kündigung zur Unzeit) umschriebenen Tatbestände, grundsätzlich frei. Kündigungsentscheide stehen mithin – abgesehen von den genannten Schranken des Obligationenrechts – im Ermessen der zuständigen Behörden.“

7. Das Bundesgericht, welches den Fall allerdings nur in prozessualer Hinsicht zu beurteilen hatte, nahm an dieser Regelung keinen Anstoss. Das kantonale Verwaltungsgericht hatte immerhin noch ausgeführt, der Staat habe bei einem Kündigungsentscheid das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten, was bedeutet, dass sich Kündigungen aus organisatorischen Gründen auch als erforderlich erweisen müssten²⁴. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass solche Kriterien im Wesentlichen „als Richtlinie für die Ausübung des Ermessens dienen mögen“²⁵.

8. Insgesamt lassen sich im Bereich des Kündigungsrechts zwischen Privatrecht und öffentlichem Dienstrecht zwar noch erhebliche Unterschiede ausmachen²⁶. Dass aber

23 Unveröffentlichter BGE vom 8. Dezember 2006, Urteil 2P.152/2006, E. 1.4.

24 Unveröffentlichter BGE vom 8. Dezember 2006, Urteil 2P.152/2006, E. 1.5.

25 Unveröffentlichter BGE vom 8. Dezember 2006, Urteil 2P.152/2006, E. 1.5; zu Recht näher bei der Auffassung des kantonalen Verwaltungsgericht *Richli*, 45 und 50, und *Richli/Müller-Tschumi*, N 187 und 189, welche der Auffassung sind, dass der Staat auch bei einer privatrechtlichen Anstellung an das Willkürverbot gebunden ist und daher ein Arbeitsverhältnis nicht einfach gekündigt werden darf. Bei einer missbräuchlichen Kündigung sei es verfassungswidrig, wenn das Personal des Staats lediglich eine Entschädigung, nicht aber die Weiterbeschäftigung verlangen könne.

26 Siehe dazu auch *Donatsch*, Rz.18 ff.

in diesem Bereich eine Annäherung zwischen öffentlichem und privatem Recht stattgefunden hat, steht für mich ausser Zweifel.

c) Leistungslohn

9. Während sich die Entschädigung für öffentlich-rechtlich Bedienstete während Jahren durch Einweisung in eine bestimmte Lohnklasse mit periodischem Stufenanstieg auszeichnete, wird heute in verschiedenen Formen versucht, den Lohn stärker an die Leistung der oder des Angestellten zu binden²⁷.

10. Das Bundesgericht lässt hier den Kantonen seit jeher einen grossen Spielraum. Wörtlich führt es etwa aus²⁸:

„Ein grosser Ermessensspielraum der kantonalen Behörden besteht im besonderen Masse in Organisations- und Besoldungsfragen [...]“

Diesen Spielraum hat das Bundesgericht bei einer mit dem Leistungslohn verwandten Frage, nämlich der Ausrichtung des Lohnes am privaten Markt, unterstrichen²⁹:

„Die Verfassung verlangt einzig sachlich haltbare Bewertungskriterien, legt aber nicht fest, welche Kriterien als sachlich haltbar zu betrachten sind ... [I]m Rahmen des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots [ist] das Abstellen auf den Marktwert einer Arbeit und auf die konjunkturelle Lage ein sachlich haltbares und verfassungsrechtlich zulässiges Kriterium [...]“ Zwar richtet

27 Vgl. z.B. für den Bund Art. 15 Abs. 1 BPG und Helbling, Personalrecht, 31 oder für den Kanton Zürich § 40 Abs. 2 PG ZH.

28 BGE 123 I 1, 8 E. 6b. Das Bundesgericht fährt nach der zitierten Stelle fort: „Eine besondere Zurückhaltung des Verfassungsrichters drängt sich hier umso mehr auf, als es nicht um einen Vergleich zwischen zwei Kategorien von Berechtigten, sondern um das ganze Besoldungssystem geht; der Gesetzgeber oder Verfassungsrichter läuft daher stets Gefahr, neue Ungleichheiten zu schaffen, wenn er im Hinblick auf zwei Kategorien von Bediensteten Gleichheit erzielen will ...“

29 Unveröffentlichter BGE vom 21. März 2000, 2P.369/1998, E 3h, in: ZBI 2001, 265 ff., 276 E 3h.

sich die Besoldung im öffentlichen Dienstrecht nicht direkt nach Marktüberlegungen, sondern nach rechts-satzmässigen gesetzlichen Grundlagen [...] Doch ist es dem Gemeinwesen unbenommen, seinerseits der Ausgestaltung dieser Grundlagen Marktgesichtspunkte zugrunde zu legen [...].

Es gibt mit anderen Worten keinen verfassungsmässigen Grundsatz, wonach die Besoldungen im öffentlichen Dienst massgeblich auf Grund von analytischen Arbeitsbewertungen festzulegen sind.“

Überträgt man diese Überlegungen auf Leistungslohn und Leistungskriterien, wird klar, dass die üblichen verfassungsrechtlichen Begrenzungen³⁰ ohne grosse Wirkung bleiben.

30 Meyer, 140 ff, welcher ausführt, dass der Staat bei der Anwendung des Leistungslohnes an die Verfassungs- und Verwaltungsgrundsatzprinzipien, insbesondere an das Rechtsgleichheitsgebot, das Legalitätsprinzip aber auch das Verhältnismässigkeitsgebot und das Rückwirkungsverbot gebunden sei.

Auch stellt das Bundesgericht im öffentlichen Dienstrecht nicht gleich hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage: „Im öffentlichen Dienstrecht werden herkömmlicherweise nicht gleich hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gestellt wie im allgemeinen Rechtsverhältnis [...] Abgesehen von schweren Eingriffen in die Freiheitsrechte ist es üblich und verfassungsrechtlich zulässig, Rechte und Pflichten der Beamten auf untergesetzlicher Stufe zu konkretisieren; insbesondere braucht die Besoldung nicht zwingend im formellen Gesetz festgelegt zu werden [...]. Das entspricht auch der Rechtswirklichkeit. In den meisten Kantonen werden die Gehälter generell durch Verordnung oder Parlamentsdekret festgelegt oder enthält das Gesetz nur Grundsätze, die durch Parlament oder Regierung konkretisiert werden [...]“. Wo das formelle Gesetz die Besoldungsklassen sowie Maximal- und Minimalbesoldungen selber festlegt, erfolgt in der Regel zumindest die Einstufung der einzelnen Funktionen in eine bestimmte Klasse durch Verordnung der Regierung [...]“ (Unveröffentlichter BGE vom 21. März 2000, Urteil 2P.369/1998, E. 2f, in: ZBI 2001, 265 ff.); zu diesem Entscheid vgl. auch Meyer/Müller-Tschumi; siehe dazu auch Richli/Müller-Tschumi, 19 f.; Meyer, 145 f.

11. Voraussetzung eines Leistungslohnes ist, dass die Leistung zuverlässig beurteilt werden kann. Typisch ist in der Praxis, die Leistung anhand verschiedener Punkte, etwa Arbeitsführung, Arbeitsergebnisse, Selbstständigkeit, Verhalten, Erreichen vereinbarter Ziele und Führungsfähigkeit nach einer Vier- oder Fünferskala zu beurteilen³¹. Die Beurteilung macht nur Sinn, wenn sie in regelmässigen Abständen durchgeführt wird³²; üblich sind jährliche oder zweijährliche Beurteilungen³³.

Diese Beurteilungen sind nicht unbestritten. Als Probleme werden etwa genannt der Zeitaufwand, die Gefahr der Überbewertung leicht messbarer Nebensächlichkeiten sowie die Gefahr, dass Vorgesetzte und Untergebene das System unterlaufen, indem sich Vorgesetzte die Loyalität ihrer Untergebenen mit zu guten Beurteilungen erkaufen.³⁴

12. Eher als Anekdote ist der Fall zu erwähnen (welcher es immerhin bis vor Bundesgericht schaffte), in welchen sich ein Gerichtspräsident weigerte, seine Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber in zwei unterschiedliche Gehaltsklassen einzureihen. Da nicht alle in die höhere Klasse eingeteilt werden konnten, entschied er per Los. Das Bundesgericht erachtete diese „Beurteilung“ als klaren Verstoß gegen die Rechtsgleichheit³⁵. Der Fall betrifft nicht den eigentlichen Leistungslohn; er lässt aber erahnen, auf welchen Widerstand solche Leistungsbeurteilungen in der Praxis stossen.

31 Vgl. *Poledna/Stoll*, 182 mwH. Für den Bund vgl. *Hänni*, Personalrecht, N. 128 ff.; Art. 17 BPV (fünf Leistungsstufen); Art. 39 BPV (Lohnentwicklung und Leistung).

32 *Hafner*, Wandel, 489.

33 Z.B. Art. 15 Abs. 1 BPV; Art. 161 Abs. 1 PV BE; Art. 67 PV GR; § 136 Abs. 2 Vollzugsverordnung PG ZH. Zum Rechtsschutz im Kanton Zürich vgl. Urteil des Verwaltungsgericht vom 24. Januar 2007, PB.2006.00025, betreffend Mitarbeiterbeurteilung und Nichtbeförderung einer Lehrerin. Zur Kritik an der mangelnden gerichtlichen Überprüfung leistungsabhängiger Lohnbestandteile vgl. *Scheyli*, N 15 f.

34 *Poledna/Stoll*, 188 ff.

35 Unveröffentlichter BGE vom 27. Februar 2002, Urteil 2P.267/2001, E. 2b.

13. Ungeachtet solcher Widerstände ist klar, dass differenzierte Beurteilungsmodelle für die Flexibilisierung des öffentlichen Dienstes eine wesentliche Rolle spielen. Nicht die bewertete Funktion des Arbeitsplatzes, nicht die Ausbildung, Erfahrung oder die Treue der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers bilden die Grundlage des Lohnes, sondern die Leistung. Dies erinnert ans Privatrecht, wobei immerhin die kritische Zwischenfrage erlaubt sein darf, ob in einem grossen Unternehmen die Löhne tatsächlich der jeweiligen Leistung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers entsprechen.

d) Kollektives Arbeitsrecht

14. Kollektive Arbeitnehmerrechte spielten im öffentlichen Dienstrecht lange Zeit kaum eine Rolle, weil aufgrund eines weitgehenden Streikverbots Arbeitskämpfe gar nicht möglich waren. Heute gilt nur noch ein funktionsbezogenes Streikverbot für die unerlässlichen (öffentlichen) Dienste; darunter fallen etwa die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, die Feuerwehr oder die Krankenpflege³⁶.

15. Es ist nicht uninteressant, dass der Organisationsgrad in der öffentlichen Verwaltung vergleichsweise höher ist als in der Privatwirtschaft. Das Bundespersonal gehört zur am besten organisierten Beschäftigungsgruppe in der Schweiz³⁷. Gesamtarbeitsverträge haben sich gerade in ausgelagerten Bereichen der Leistungsverwaltung (Post³⁸, Telekommunikation³⁹,

36 Botschaft BV 181; *Biaggini*, Art 28 N 210; *Häfelin/Haller/Keller*, N 568; *Vallender*, Art 28 N 32.; vgl. auch Art 24 Abs 1 BPG.

37 *Henneberger/Sudjana*, 59 mwH.

38 Vgl. Art 15 POG, welcher auf das BPG verweist. Art 38 BPG statuiert ua, dass die Post mit den Personalverbänden einen Gesamtarbeitsvertrag abschliessen muss und dass grundsätzlich sämtliches Personal der Post diesem Gesamtarbeitsvertrag untersteht.

39 Vgl. Art 16 TUG, welcher vorsieht, dass das Personal privatrechtlich angestellt ist, jedoch die Swisscom AG verpflichtet, mit den Personalverbänden Verhandlungen zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages zu führen. Vgl. auch Art 38 BPG.

Bahnen⁴⁰) etabliert.

16. Rechtsetzungstechnisch muss die Überlagerung durch konsensuale Rechtsetzung zumindest als ungewöhnlich und hinsichtlich der Hierarchie der Rechtsquellen als anspruchsvoll gelten⁴¹. Auch inhaltlich stellen sich Fragen. „Die zum Abschluss des GAV befugten Personen übernehmen quasi die Funktion und damit die Macht und die Verantwortung des Gesetzgebers“⁴². Diese Verantwortung bedeutet unter anderem Bindung an Legalitätsprinzip, Gleichbehandlungsgrundsatz und Grundsatz der Verhältnismässigkeit⁴³. Die Eidgenössische Personalrekurskommission hielt in einem Entscheid vom 24. Juli 2002 fest⁴⁴:

„Auch bei Gewährung einer grossen gesamtarbeitsvertraglichen Gestaltungsfreiheit im öffentlichen Dienstrecht ist immer das im öffentlichen Recht geltende Gebot der rechtsgleichen Behandlung zu berücksichtigen.“

40 Vgl Art 15 Abs 1 SBBG, welcher auf das BPG verweist. Art 38 BPG statuiert ua, dass die SBB mit den Personalverbänden einen Gesamtarbeitsvertrag abschliessen müssen und dass grundsätzlich sämtliches Personal der SBB diesem Gesamtarbeitsvertrag untersteht. Jedoch sieht Art 15 Abs 2 SBBG die Möglichkeit vor, das Anstellungsverhältnis im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen abweichend oder ergänzend zu regeln. Vgl dazu die unterschiedlichen Konzeptionen in Art 6 Abs 3 und Art 38 BPG (Gesamtarbeitsverträge als „Ausführungsbestimmungen“) und Art 15 Abs 2 SBBG (Möglichkeit BPG-derogierender Gesamtarbeitsverträge).

41 Hänni, Personalrecht, N 67.

42 Helbling, Gesamtarbeitsverträge, 901 f, mwH; Henneberger/Sudjana, 70 mwH.

44 Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 24. Juli 2002, PRK 2002-8, VPB 67.68, E 2 mit folgender Fortsetzung: „Gesamtarbeitsvertraglich vereinbartes Arbeitsrecht ist das Resultat gemeinsamer Aktivitäten des Staates und der Arbeitnehmerverbände. Gleich wie die staatlichen Gesetze sind auch die gesamtarbeitsvertraglich geschaffenen Normen objektives Recht. Der GAV erfüllt damit eine Funktion, die sonst nur dem Gesetzgeber zusteht. Die gesetzgeberähnliche Macht der Parteien des GAV beruht auf der gesetzlichen Ermächtigung zur gesamtarbeitsvertraglichen Normschöpfung [...]“

Insofern sind dem Verhandlungsspielraum im öffentlichen Bereich klare Grenzen gesetzt ... Das Gleichbehandlungsgebot gilt nicht nur in Bezug auf das Gehalt und die Löhne, sondern für alle Dimensionen des Arbeitsverhältnisses. Weder durch Rechtssatz noch durch GAV darf Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt werden [...].“

17. Ob sich verfassungsrechtliche Grundsätze wirklich vollumfänglich auf Gesamtarbeitsverträge übertragen lassen, erscheint mir zumindest diskutabel. Grössere praktische Probleme sind aber soweit ersichtlich nicht aufgetreten⁴⁵.

e) Rechtsschutz

18. Zu den wesentlichen Unterschieden zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsrecht gehören Fragen des Rechtsschutzes. Übereinstimmung besteht zwar insofern, als für Streitigkeiten erster Instanz in der Regel ein „einfaches und rasches Verfahren“ vorgesehen ist⁴⁶. Der Rechtsschutz im öffentlichen Dienstrecht ist aber grundsätzlich umfassender. Unter Vorbehalt eines ausreichenden Rechtsschutzinteresses und der Justiziabilität⁴⁷ können sämtliche Streitigkeiten gerichtlich beurteilt werden. Für die Schweiz ergibt sich die entsprechende Rechtsweggarantie aus dem per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Art. 29a BV.

19. Praktisch bedeutsam ist vor allem die Kombination zwischen Rechtsschutzmöglichkeit und materiellen Kündigungsgründen. Die Möglichkeit, eine Kündigung von einem Gericht auf ihre sachliche Richtigkeit prüfen zu lassen und dabei in der Regel nicht nur auf finanzielle Ersatzansprüche angewiesen zu sein, gehört zu den markantesten Unterschieden zwischen öffentlichem und privatem Arbeitsrecht.

45 Vgl. für die Ausgestaltung des Gesamtarbeitsvertrages im Bund Hänni, Personalrecht, N. 64 ff.

46 Art 343 Abs 2 OR sieht dies generell für das private Arbeitsrecht vor. Vgl. etwa § 40 Abs 4 PG BS (für alle Rekursinstanzen).

47 Vgl. Art 36a BPG, Art 83 lit c BGG und Art 32 Abs 1 lit c VGG (i.d.R. keine richterliche Beurteilung über leistungsabhängige Lohnbestandteile).

20. Von grosser praktischer Bedeutung ist auch die Möglichkeit, in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren unter Umständen aufschiebende Wirkung erlangen zu können, d.h. für die Dauer des Verfahrens weiterhin angestellt und/oder den entsprechenden Lohn zu erhalten⁴⁸. Vorbehaltlich einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ist aufgrund einer summarischen Prognose des Entscheids in der Hauptsache und aufgrund einer Interessenabwägung zwischen den Parteien zu entscheiden⁴⁹.

21. Insgesamt gelange ich deshalb zur Auffassung, dass eine starke Annäherung des öffentlichen Dienstrechts an das private Arbeitsrecht stattgefunden hat. Die markantesten Ausprägungen dieser Annäherung sind der Übergang zum unbefristeten Dienstverhältnis, Erleichterungen im Kündigungsrecht, die Einführung von Elementen eines Leistungslohnes und die Entstehung eines kollektiven Arbeitsrechts. Die hauptsächlichsten Unterschiede sehe ich – trotz Annäherung – im Bereich des Kündigungsrechts und im Bereich des Rechtsschutzes⁵⁰. Dies entspricht den ersten drei Thesen.

48 Vgl. exemplarisch etwa unveröffentlichter BVGE vom 29. März 2007, A-385/2007 E. 4; einschränkender Michel, 344 f.; ebenso § 80 Abs 1 VRG ZH für das Verfahren vor Verwaltungsgericht.

49 Vgl. exemplarisch etwa unveröffentlichter BVGE vom 29. März 2007, A-385/2007 E. 4. Der Lohn und die Sozialversicherungsbeiträge, welche in Übereinstimmung mit der aufschiebenden Wirkung, aber im Widerspruch zum Entscheid bezogen wurden, können gemäss diesem Entscheid zurückgefordert werden (unveröffentlichter BVGE vom 29. März 2007, A-385/2007 E. 4.5.3 am Ende bezüglich Sozialversicherungsbeiträgen). Vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Bern, VGE 23240 vom 11. März 2008, E. 2. Gemäss Nötzli, N 330, muss jedoch der Arbeitnehmer den Lohn, den er während der provisorischen Weiterbeschäftigung erhalten hat, nicht zurückbezahlen, da dieser im Austausch für den Lohn weitergearbeitet hat.

Vgl. betreffend aufschiebende Wirkung im Kanton Zürich Entscheid des VGer ZH vom 11. April 2001, PB.2001.00008, E 4; § 80 Abs. 2 VRG ZH für das Verfahren vor Verwaltungsgericht.

50 So zum letzten Punkt auch Henneberger/Sudjana, 72.

III. Dogmatische Fragen

1. Die Annäherung an das Privatrecht wirft verschiedene dogmatische Fragen auf. Die Probleme sehe ich dabei nicht so sehr darin, dass in einem bestimmten Arbeitsverhältnis nicht mehr klar sein könnte, ob es sich um ein privatrechtliches oder um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt⁵¹ oder ob in einem konkreten Fall auch der Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zulässig ist⁵². Heute sind diese Fragen weitgehend durch das positive Recht entschieden⁵³.

Heikel sind für mich die Fragen, nach welchen Kriterien Privatrecht analog angewendet werden soll, ob das Privatrecht für öffentlich-rechtlich Beschäftigte Minimalgarantien enthält und ob eine vollständige Verlagerung des öffentlichen Dienstes ins Privatrecht zulässig wäre.

a) Analoge Anwendung

2. Hafner⁵⁴ hat bereits darauf hingewiesen, dass öffentlich-rechtliche Personalgesetze oft subsidiär auf Privatrecht verweisen⁵⁵. In diesem Fall gelten die angewendeten Bestimmungen des Obligationenrechts als kantonales oder eidgenössisches öffentliches Recht⁵⁶. Nicht näher gehe ich auf die

51 Vgl. dazu etwa die ältere Praxis bei *Rhinow/Krähenmann*, 468 ff.

52 Oft lassen die Gesetze neben dem öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis in Ausnahmefällen unter bestimmten Voraussetzungen auch eine privatrechtliche Anstellung zu. So z.B. Art. 6 Abs. 5 und 6 BPG, Art. 15 Abs. 3 SBBG; Art. 15 Abs. 2 POG; Art. 17 Abs. 3 ETH-Gesetz i.V.m. Art. 6 Abs. 5 BPG, Art. 5 PG NW.

53 Z.B. gemäss Art. 16 TUG ist das Personal der Swisscom AG privatrechtlich angestellt.

54 Referat anlässlich der Dreiländertagung von Hafner, Öffentliches Personalrecht in der Schweiz: Vielfalt und Wandel, 273 ff.

55 Vgl. dazu auch Referat anlässlich der Dreiländertagung von Hafner, Öffentliches Personalrecht in der Schweiz: Vielfalt und Wandel, 273 ff.; vgl. Hafner, Rechtsnatur, 183.

56 Unveröffentlichter BGE vom 17. Dezember 2007, Urteil 1C.195/2007, E 4.1; Hafner, Rechtsnatur, 197 f.; Poledna,

Frage ein, ob solche Verweise statischer oder dynamischer Natur sind und wenn letzteres, ob sie eigentlich zulässig sind.⁵⁷

3. Zu warnen ist auf jeden Fall vor einer unkritischen Übernahme privatrechtlicher Grundsätze.⁵⁸ Als Beispiel können die privatrechtlichen Regeln über die fristlose Entlassung genannt werden. Die Personalgesetze enthalten heute oft Formulierungen, welche der privatrechtlichen Praxis entlehnt sind, wie zum Beispiel, dass das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst werden kann, wenn die Weiterführung einer Partei nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist.⁵⁹

4. Dass bei den materiellen Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung auf die privatrechtliche Lehre und Praxis zurückgegriffen wird, erscheint einleuchtend. Heikler sind gewisse formelle Anforderungen an eine fristlose Kündigung. Gemäss privatrechtlicher Praxis muss nach Entdeckung eines Grunds für eine fristlose Kündigung diese sofort ausgesprochen werden. Die Praxis räumt dem Arbeitgeber dabei eine Frist von wenigen Arbeitstagen ein.⁶⁰ Die Übernahme dieser formellen Voraussetzung der fristlosen Entlassung hat das Bundesgericht⁶¹ meines Erachtens zu Recht zurückgewiesen. Die Voraussetzungen von öffentlichem Recht und Privatrecht sind diesbezüglich verschieden. Während der privatrechtliche Arbeitgeber nach gewissen freiwilligen und informellen Abklärungen die Kündigung aussprechen kann,

213 mwH; *Nguyen*, 142; *Subilia-Rouge*, 295; vgl. dazu auch Referat anlässlich der der Dreiländertagung von *Haefner*, Öffentliches Personalrecht in der Schweiz: Vielfalt und Wandel, 273 ff. Als Beispiel kann § 18 Abs 2 PG/ZH dienen, welcher in Bezug auf missbräuchliche Kündigung auf das Obligationenrecht verweist.

57

Vgl. dazu *Bertschi*, 621 ff.; allgemein *Müller*, N 373 ff.

58

So auch *Michel*, 214.

59

Vgl. zB Art 12 Abs 7 BPG, § 22 Abs 1 und 2 PG ZH, § 32 PG BS und Art. 10 PG GR; Art. 337 Abs. 1 OR spricht dagegen allgemein von der Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung aus „wichtigen Gründen“.

60

Portmann/Stöckli, N 770; *Streiff/von Kaenel*, Art 337 N 17 mH auf die Rechtsprechung.

61

Unveröffentlichter BGE vom 30. April 2007, Urteil 2A.495/2006.

muss der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber vor einer fristlosen Entlassung das rechtliche Gehör gewähren⁶². Dies nimmt in der Regel eine etwas längere Dauer ein⁶³. Entsprechend kann die privatrechtliche Praxis in diesem Punkt nicht übertragen werden⁶⁴.

In der Praxis kann sich auch die Frage stellen, wie weit der Verweis auf Privatrecht reicht. In einem Fall vom 30. Januar 2006 hatte das Bundesgericht den Fall einer Beschwerdeführerin zu beurteilen, welcher der Antritt zu einer Stelle bei der Oberzolldirektion des Bundes verweigert worden war, weil der Arbeitgeber nach Unterzeichnung des Ar-

62 *Nötzli*, N 256.

63 In VPB 68.7 anerkennt die Rekurskommission, dass ein Entscheid eine fristlose Kündigung betreffend die Anforderung an die Begründung und den Anspruch auf rechtliches Gehör des Betroffenen berücksichtigen müsse. Daher sei eine deutlich längere Frist als im Privatrecht nicht zu beanstanden.

64 Unveröffentlichter BGE vom 30. April 2007, Urteil 2A.495/2006, E. 4.1: „Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich nicht, innerhalb welcher Zeitspanne eine fristlose Entlassung ausgesprochen werden muss. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist die fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen sofort auszusprechen, andernfalls Verwirkung anzunehmen wäre [...] Eine Frist von einigen wenigen Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften wird als angemessen erachtet. Eine längere Frist wird nur zugestanden, sofern praktische Erfordernisse des Alltags und Wirtschaftslebens es als verständlich und berechtigt erscheinen lassen [...]. Diese Grundsätze können auf öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse nicht unbedenken übertragen werden. Zum einen ist die Kündigung zu begründen, da sie in der Form der Verfügung ergehen muss (Art. 13 Abs. 3 BPG). Zudem ist dem Angestellten nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen vor der Kündigungsverfügung das rechtliche Gehör einzuräumen (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 und 30 Abs. 1 VwVG). Dazu kommen die speziellen Verfahrensabläufe innerhalb der Verwaltung, die es nicht immer erlauben, unverzüglich zu entscheiden. Im Hinblick auf die Angemessenheit der Frist sind daher insbesondere die von der Verwaltung unternommenen Bemühungen zur Einhaltung der Erklärungsfrist und ihr weiteres Verhalten, das nicht widersprüchlich sein darf, zu berücksichtigen [...]“.

beitsvertrages, aber vor Antritt der Stelle durch die Beschwerdeführerin erfahren hatte, dass gegen die Beschwerdeführerin ein Strafverfahren wegen eines Kapitalverbrechens lief. Das Gericht hatte zu beurteilen, ob sich der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber auf die privatrechtlichen Bestimmungen über den Irrtum berufen konnte (Art. 23 ff. OR), auch wenn diese systematisch streng genommen nicht unter die Bestimmungen des privaten Arbeitsrechtes fielen. Das Bundesgericht war dabei der Auffassung, dass sich der Verweis in Art. 6 Abs. 2 BPG nicht nur auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts, sondern auf sämtliche Regeln, die sich im Hinblick auf die Besonderheiten des öffentlichen Arbeitsverhältnisses für einen analogen Bezug als ergänzendes öffentliches Recht stellen konnten⁶⁵, bezog.

Die Frage lässt sich zumindest diskutieren, namentlich unter dem Aspekt, ob die Kündigungsgründe im öffentlichen Recht nicht abschliessend sind und ob die privatrechtliche Parallelität zwischen Irrtumsanfechtung und Kündigung⁶⁶ wirklich ins öffentliche Dienstrecht übernommen werden sollte.

b) Privatrechtlicher Minimalstandard?

5. Vermehrt zu beschäftigten haben sich die Gerichte mit der Frage, ob die privatrechtlichen Bestimmungen für den öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber eine Art Minimalstandard bilden. Diese Frage war bisher kaum relevant, da die öffentlich-rechtlichen Bediensteten in aller Regel besser gestellt waren als ihre Kolleginnen und Kollegen in der Privatwirtschaft.

Bisher hatte das Bundesgericht Fälle zu beurteilen, in denen gewisse Einzelfragen für die Arbeitnehmenden im öffentlichen Dienst ungünstiger waren als im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Solche Regelungen hielt das Bundesgericht zulässig. In einem Entscheid vom 22. Mai 2001 über die Gültigkeit der Regelung in der Angestelltenordnung der Schweizerischen Post führte das Bundesgericht dazu aus⁶⁷:

65 BGE 132 II 161, 163 ff. E. 3. Der Beschwerdeführerin wurde immerhin der Rechtsweg mittels Verfügung eröffnet.

66 Vgl. dazu Streiff/von Kaenel, Art. 320, N 9.

67 Unveröffentlichter BGE vom 22. Mai 2001, Urteil 2A.71/2001, E. 2d.

„Selbst wenn sich die Beschwerdegegner unter den gegebenen Umständen [...] schneller vom Beschwerdeführer trennen kann, als es nach der privatrechtlichen Regelung möglich wäre, erscheint dies nicht unzulässig; angesichts der insgesamt erheblichen Besserstellung der öffentlich-rechtlichen im Vergleich zu den privatrechtlichen Angestellten haben Erstere solche Nachteile hinzunehmen.“

Meines Erachtens ist dies eine Absage an privatrechtliche Minimalstandards⁶⁸. Lehre und kantonale Praxis sind in dieser Frage aber gespalten⁶⁹.

6. Wie das Bundesgericht urteilen würde, wenn ein Kanton oder eine Gemeinde insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen als in der Privatwirtschaft anbieten würde, halte ich für schwierig prognostizierbar. Ungeachtet der Wünschbarkeit solcher Minimalstandards sehe ich nicht, wie dogmatisch ein Eingreifen des Bundesgerichts sauber begründet werden kann⁷⁰.

c) Vollständige Verlagerung ins Privatrecht?

7. Ungeklärt ist auch, ob es einem Kanton oder einer Gemeinde erlaubt wäre, sämtliche Arbeitsverhältnisse privatrechtlich abzuschliessen. Die Möglichkeit einer solchen vollständigen Verlagerung wird seit längerem diskutiert⁷¹. Ich meine, dass die Rechtsnatur der Anstellung der Tätigkeit

68 Vgl. relativierend und mE zu weitgehend Bertschi, 629, unter Verweis auf den vorgenannten BGE: „Anerkannt ist die Berücksichtigung der Minimalvorschriften des OR jedenfalls insoweit, als geprüft wird, ob das öffentliche Dienstrecht im Vergleich zum OR eine stossende Schlechterstellung (und damit eine vom Gericht auszufüllende Lücke) enthält.“

69 Vgl. die ausführliche Aufarbeitung bei Bertschi, 628 ff.

70 Die Kompetenz der Kantone zur autonomen Regelung der Dienstrechte ist im Bundesprivatrecht ausdrücklich verankert (Art. 342 Abs. 1 lit. a OR). Vgl. mögliche Herleitungsver-suche bei Bertschi, 628 ff.

71 Vgl. etwa Moor, 205 mwH.

einer Person im öffentlichen Dienst nicht entgegensteht⁷²; ein solcher funktionsbezogener Vorbehalt kommt nur in Ausnahmefällen zur Anwendung, so etwa bei der Wahl von Richterinnen und Richtern, Professorinnen und Professoren etc.⁷³

Auch inhaltlich sind kaum Grenzen auszumachen: Wenn es das Bundesgericht erlaubt, dass bei einem zentralen Punkt, nämlich im Bereich des Kündigungsschutzes, eine Regelung entsprechend dem Schweizerischen Obligationenrecht zulässig ist, so ist fraglich, weshalb nicht alle anderen Belange des Arbeitsverhältnisses privatrechtlich geregelt werden können⁷⁴. Auch im Bereich des Rechtsschutzes ist es einem Kanton im Übrigen nicht verwehrt, seine arbeitsrechtlichen Streitigkeiten an Zivilgerichte zu verweisen. In einem Entscheid vom 19. Mai 2006 betreffend die Anstellung eines Oberarztes im Kanton Zürich hielt das Bundesgericht fest⁷⁵:

„Das Bundeszivilrecht schreibt den Kantonen nicht vor, dass öffentlichrechtliche Streitigkeiten nur von den Verwaltungsgerichten beurteilt werden dürfen, und verbietet auch die Beurteilung solcher Streitigkeiten durch die ordentlichen Zivilgerichte nicht [...]“

8. Ob eine vollständige „Privatisierung“ hingegen als sinnvoll erachtet wird, ist eine andere Frage. Die öffentliche Hand wird dadurch nicht zu einem privatrechtlichen Arbeitgeber⁷⁶; die vollständige „Flucht ins Privatrecht“ (Fritz Flei-

ner) ist ihr versperrt – zu Recht⁷⁷. Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber kann also im Aussenverhältnis Privatrecht anwenden, ist aber im Innenverhältnis, d.h. im Entscheidungsprozess, unvermindert verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundsätzen verpflichtet. Ungeklärt ist, wie weit diese Einbindung auf das Aussenverhältnis durchschlägt, insbesondere betreffend Rechtsschutz.

IV. Praktische Fragen

9. Abschliessend möchte ich drei praktische Themen streifen, die heute Lehre und Praxis beschäftigen und welche in einem Bezug zur Annäherung an das Privatrecht stehen könnten.

a) Mobbing

10. In letzter Vergangenheit mussten sich die Gerichte vermehrt mit Mobbing beschäftigen. Das Bundesgericht definiert Mobbing in einem Entscheid vom 9. Juli 2007 als

„un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée“⁷⁸.

77 Eine solche Flucht kommt am ehesten dort (erfolgreich) zu Stande, wo eine staatliche Aufgabe einem privaten Unternehmen übertragen wird. Ein solches Unternehmen ist zwar im Aussenverhältnis, dh bei Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgabe, an die Grundrechte gebunden (Art 35 Abs 2 BV), nicht aber unbedingt im Innenverhältnis, dh gegenüber seinen Angestellten.

78 Unveröffentlichter BGE vom 9. Juli 2007, Urteil 4A_128/2007, E 2.1, mit folgender Fortsetzung: „Il n'y a toutefois pas harcè-

72 Auch Moor, 209, spricht sich gegen die Relevanz dieses Kriteriums aus. A. M. Richli, 42 ff; zurückhaltender auch Hafner, Rechtsnatur, 192 ff und 207.

73 Art 17 Abs 3 ETH-Gesetz sieht jedoch vor, dass Professorinnen und Professoren beim Vorliegen bestimmter Bedürfnisse privatrechtlich angestellt werden können.

74 Vgl II b) des Referats; a.M. Donatsch, Rz. 37.

75 Unveröffentlichter BGE vom 19. Mai 2006, Urteil 2P.18/2006, E 1.2.

76 Hafner, Rechtsnatur, 205 f; Richli, 45 und 50, und Richli/Müller-Tschumi, N 187 und 189; vgl zu den Schranken Bertsch, 631 ff mwH.

Unter Mobbing sind in dieser Optik als systematische, kleine Nadelstiche mit verheerender Tiefenwirkung zu verstehen.

11. Es ist möglich, Mobbing, welches auch vermehrt in privatrechtlichen Streitigkeiten zu Diskussionen Anlass gibt⁷⁹, als Erscheinung unserer Zeit abzutun. Zumindest fragen kann man sich, ob diese vermehrten Fälle nicht auch als Reaktionen auf verlorene Sicherheiten, sei es bezüglich Arbeitsplatz, sei es bezüglich Lohnentwicklung, aufgefasst werden können. Eine rein rechtliche Beurteilung greift aber hier offensichtlich zu kurz.

b) Interne Beamtenhaftung

12. In den letzten Monaten hat ein Fall die zumindest juristisch interessierte Öffentlichkeit bewegt. Im Kanton Solothurn wurden zwei ehemalige Chefbeamte zu einer Leistung von Schadenersatz von je CHF 100'000.-- an den Kanton verpflichtet⁸⁰. Vorgeworfen wurde ihnen im Wesentlichen, sie

lement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité - même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement - à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Il sied cependant de garder à l'esprit que le mobbing peut n'être qu'imaginaire et qu'il peut même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou mesures pourtant justifiées [...]"

79 Vgl für das Privatrecht *Portmann/Stöckli*, N 421 und *Streiff/von Kaenel*, Art 328 N 17; vgl für das öffentliche Recht Art 4 Abs 2 lit g BPG und *Subilia-Rouge*, 296.

80 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 19. Juli 2007 (abrufbar unter <http://www.so.ch/fileadmin/internet/bjd/bgogr/pdf/urteil.pdf>, abgerufen am 19. August 2011). Vgl auch den unveröffentlichten BGE vom 30. Oktober 2008, 1C_353/2007.

hätten bei der Führung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit ungesicherte Vorschusszahlungen geleistet, welche aufgrund des Konkurses einer privaten Unternehmung zu einem Schaden beim Kanton geführt haben. Den Beklagten wurde Grobfahrlässigkeit vorgeworfen.

Soweit ich die Praxis in der Schweiz in Bund und Kanton richtig überblicke, ist die Zahlung, zumindest was die Höhe betrifft, wohl einmalig. Umstritten ist, ob im Bund für die Regressnahme eine Faustregel besteht, nach welcher sich die Rückgriffnahme auf 10% des Schadens beschränkt, wobei dieser Betrag drei Viertel eines Monatsgehalts nicht überschreiten darf⁸¹. Das entsprechende Urteil geht hier darüber hinaus. Es ist möglich, dass dieser Entscheid als Einzelfall abgetan werden kann. Möglich ist aber auch, dass das generell härtere politische Klima wie auch die weitgehende Abschaffung des Disziplinarrechts gegenüber Beamtinnen und Beamten dazu führt, dass die interne Beamtenhaftung vermehrt als Notventil für Bestrafungsbedürfnisse der Öffentlichkeit gegenüber fehlbaren Beamtinnen und Beamten emp-

81 *Jaag*, Haftung, N 283 ff mwH, welcher ausführt, dass es „anscheinend“ eine solche Faustregel geben soll. Gemäss BGE 111 Ib 192, 199 f, E 5 berechnet sich der Rückgriffsanspruch nach dem Verschulden und weiteren Faktoren. In casu wurde der Rückgriff auf Fr 20'000.00 festgesetzt, wobei man mit einem Schaden im Umfang von Fr 1 Mio rechnete. Nach der Rekurskommission VBS ist eine 10% Regel – auf welche die Beschwerdegegnerin verweist – nicht genügend differenziert. Sie bezifferte den Regress mit Fr 1'100.00, dh 5% des Personenschadens (Entscheid der Rekurskommission VBS vom 25. April 2002, VPB 67.115 E 5.1 ff). Der Präsident der Rekurskommission VBS hat entgegen der Meinung der Vorinstanz die Auffassung vertreten, es gebe keine „schematische Lösung“, sondern es müsse „das Ausmass des Verschuldens bzw. der Grad der groben Fahrlässigkeit“ berücksichtigt werden. Er befand einen Rückgriff im Umfang von Fr 1'000.00 (ca. 4% des Gesamtschadens) als angemessen (Entscheid des Präsidenten der Rekurskommission des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport vom 24. Oktober 1997, VPB 63.70, E. 8).

funden wird. Auf die Weiterentwicklung darf man diesbezüglich gespannt sein.

c) Grundrechtsgarantien

13. Grundrechtsgarantien haben im Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Angestellten seit jeher eine grosse Rolle gespielt. Typisch war die Einschränkung von Freiheitsrechten durch das öffentliche Dienstrecht⁸².

14. Bei einer Annäherung an das Privatrecht stellen sich grundlegendere Fragen. Je weiter sich der Staat seiner einflussreichen Beschränkungen aus dem öffentlichen Dienstrecht entledigt, desto wichtiger werden für die oder den Einzelnen grundlegende Garantien. Starre Lohnklassen mit Stufenanstieg sind unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit einfach zu handhaben, nicht aber Marktlöhne und leistungswirksame Lohnbeurteilungen⁸³. Hier aktualisiert sich der Gleichheitssatz. Die Möglichkeit einer weitgehenden oder gar vollständigen Verlagerung des Dienstrechts ins Privatrecht wirft die Frage auf, was denn an einem staatlichen Arbeitgeber überhaupt noch staatlich ist, eine Frage, die zumindest auch unter dem Blickwinkel der Grundrechte zu beantworten ist⁸⁴. Auch der Ruf nach Minimalgarantien⁸⁵ ruft förmlich nach einem verfassungsrechtlichen Aufhänger. Mit solchen Grundfragen wird die Praxis in naher Zukunft verstärkt befasst sein.

82 Vgl. zB BGE 128 I 34, 40 ff. gemäss welchem die Wohnsitzpflicht eines Regierungsstatthalters mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist; in BGE 128 I 280, 283 ff. entschied das BGE, dass die Wohnsitzpflicht eines freiberuflichen Notars nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstösse; gemäss BGE 123 I 296, 303 verstösst das Verbot des Tragens eines Kopftuches gegenüber einer Lehrerin an einer öffentlichen Schule nicht gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1579 ff.; Hänni, Personalrecht, N 215 ff.; Nötzli, N 168.

83 Vgl. II. c).

84 Vgl. III c).

85 Vgl. III b).

Literatur

Bertschi, Martin, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht (Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts), ZBl 2004, 617 ff.

Biaggini, Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007.

Birkhäuser, Noah, Die Kündigung im öffentlichen Personalrecht des Kantons Basel-Landschaft, BJM 2009, 1 ff.

Donatsch, Marco, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, in: Jusletter 3. Mai 2010.

Häfelin, Ulrich / Haller, Walter / Keller, Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.

Häfelin, Ulrich / Müller, Georg / Uhlmann, Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010.

Hafner, Felix, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Helbling, Peter/Poledna, Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, 1 ff. (zit. Hafner, Rechtsnatur).

Hafner, Felix, Öffentlicher Dienst im Wandel, Stellung und Funktion des öffentlichen Dienstverhältnisses im demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen, ZBl 1992, 481 ff. (zit. Hafner, Wandel).

Hänni, Peter, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. Hänni, Dienstrecht).

Hänni, Peter, Personalrecht des Bundes, in: Koller, Heinrich/Müller, Georg/Rhinow, René/Zimmerli, Ulrich, (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I, Organisationsrecht, Teil 2, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2004 (zit. Hänni, Personalrecht).

Helbling, Peter, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, AJP 2004, 242 ff. (zit. Helbling, Dienst).

Helbling, Peter, Entwicklung im Personalrecht des Bundes; Anmerkungen zum Bundespersonalgesetz, in: Helbling, Peter/Poledna, Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, 1 ff. (zit. Helbling, Personalrecht).

Helbling, Peter, Gesamtarbeitsverträge für den Staatsdienst, AJP 1998, 899 ff. (zit. Helbling, Gesamtarbeitsverträge).

Henneberger, Fred / Sudjana, Sarah, Öffentlicher Dienst im Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte des Bundespersonals, ZBl 2007, 57 ff.

Jaag, Tobias, Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. Jaag, Verwaltungsrecht).

Jaag, Tobias, Staats- und Beamtenhaftung, in: Koller, Heinrich/Müller, Georg/Rhinow, René/Zimmerli, Ulrich, (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I, Teil 3, 2. Aufl., Basel/Greif/München 2006 (zit. Jaag, Haftung).

Jaag, Tobias / Müller, Georg / Tschannen Pierre, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 7. Aufl., Basel/Greif/München 2009.

Meyer, Christoph, Leistungslohn im öffentlichen Dienstrecht, in: Helbling, Peter/Poledna, Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, 1 ff.

Meyer, Christoph / Müller-Tschumi, Thomas, Marktlöhne im öffentlichen Personalrecht: Überlegungen zur Bedeutung des Legalitäts- und des Gleichheitsprinzips für Lohnregelungen im öffentlichen Dienst am Beispiel des Bundesgerichtsentscheids vom 21. März 2000 betreffend Basler Assistenz- und Oberärzte, ZBl 2001, 249 ff.

Michel, Matthias, Beamtenstatus im Wandel, Diss., Zürich 1998.

Moor, Pierre, Droit administratif, Bd. III, Bern 1992.

Mosimann, Hans-Jakob, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand?, ZBl 1998, 449 ff.

Müller, Georg, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich/Basel/Greif 2006.

Nguyen, Minh Son, Droit fédéral de la fonction publique: de la décision au contrat, FZR 2004/2, 136 ff.

Nötzli, Harry, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Diss., Bern 2005.

Poledna, Tomas, Annäherung ans Obligationenrecht, in: Helbling, Peter/Poledna, Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, 209 ff.

Poledna, Tomas / Stoll, Raphael, Leistungsbeurteilungen im öffentlichen Personalrecht, in: Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftsrecht - öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch SVVOR 2006, Bern 2007, 177 ff.

Portmann, Wolfgang/Stöckli, Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007.

Rhinow, René / Krähenmann, Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband zur 5. (und unveränderten 6.) Aufl. der Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung von Max Imboden und René Rhinow, Basel 1990.

Richli, Paul, Öffentliches Dienstrecht im Banne leerer Staatskassen, in: Rehinder, Manfred (Hrsg.), ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1998.

Richli, Paul / Müller-Tschumi, Thomas, Rechtsgutachten zuhänden des Personalamtes des Kantons Luzern zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Revision des Personalrechts des Kantons Luzern, 18. Juli 2007, unveröffentlicht.

Scheyli, Martin, Art. 72, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Greif 2009, 1347 ff.

Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Greif 2006.

Subilia-Rouge, Liliane, La nouvelle LPers: quelques points de ren-contre avec le droit privé du travail, RDAF 2003, 289 ff.

Vallender, Klaus A., Art. 28 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Greif 2008.

Gesetze und Materialien

Materialien⁸⁶

Botschaft BV

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997, 1 ff.

Botschaft BPG

Botschaft zum Bundespersonalgesetz vom 14. Dezember 1998, BBl 1999, 1597 ff.

Gesetze

a. Bund⁸⁷

BV

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

BPG

Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

BPV

Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3).

BGG

Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

ETH-Gesetz

Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 (SR 414.110).

⁸⁶ Herunterladbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/index.html>

⁸⁷ Herunterladbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html>.

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).
POG	Bundesgesetz über die Organisation der Postunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (SR 783.1).
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SR 742.31).
TUG	Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (SR 784.11).
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).
<i>b. Kantone⁸⁸</i>	
PG BS	Personalgesetz vom Kanton Basel-Stadt vom 17. November 1999 (SGS 162.100).
PG BE	Personalgesetz des Kantons Bern vom 16. September 2004 (BSG 153.01).
PV BE	Personalverordnung des Kantons Bern vom 15. Mai 2005 (BGS 153.011.1).
PG GR	Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden vom 14. Juni 2006 (BR 170.400).
PV GR	Personalverordnung des Kantons

88 Herunterladbar auf der Homepage des jeweiligen Kantons, z.B. <http://www.gesetzessammlung.bs.ch/sgmain/default.html> für Basel-Stadt, <http://www.be.ch/web/index/veroeff/veroeff-gesetze.htm> für Bern, <http://www.nw.ch/de/gerichtetop/reglemente/> für Nidwalden, <http://www.gallex.ch/gallex-e-t.html> für St. Gallen, <http://www.vs.ch/Navig/legislation.asp?Language=de> für das Valais, <http://www.zhlex.zh.ch/internet/zhlex/de/search.html> für Zürich, http://www.gr.ch/Deutsch/seiten.cfm?idnav1=3&idnav2=24&seite=/Deutsch/Publikationen_&Archive/gesetzgebung.cfm für Graubünden.

PG NW	Graubünden vom 12. Dezember 2006 (BR 170.410). Gesetz über das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Nidwalden vom 3. Juni 1998 (NG 165.1)
Staatsverwaltungsgesetz SG	Staatsverwaltungsgesetz des Kantons St. Gallen vom 16. Juni 1994 (sGS 140.1)
Beamtenengesetz VS	Gesetz betreffend das Dienstverhältnis der Beamten und Angestellten des Staates Wallis vom 11. Mai 1983 (RS/VS 172.2)
KV ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101).
PG ZH	Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals des Kantons Zürich vom 27. September 1998 (LS 177.10).
PV ZH	Personalverordnung des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1998 (LS 177.11).
Vollzugsverordnung PG ZH	Vollzugsverordnung zum Personalgesetz des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999 (LS 177.111)
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (LS 175.2).

Abkürzungsverzeichnis

AJP	Aktuelle juristische Praxis, Publikationsorgan der Schweizerischen Richtervereinigung (Lachen)
BGE	Bundesgerichtsentscheid ⁸⁹
BVGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheid ⁹⁰
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (Freiburg)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public (Lausanne/Genève)
VGer ZH	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ⁹¹

89 Entscheide abrufbar unter <http://www.bger.ch>.
90 Entscheide abrufbar unter <http://www.bundesverwaltungsgericht.ch>.

VPB

ZBI

Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
(Bern)⁹²
Schweizerisches Zentralblatt für Staats-
und Verwaltungsrecht (Zürich)

Abendveranstaltung

91 Entscheide abrufbar unter <http://www.vgrzh.ch/cgi-bin/nph-omniscgi.exe>.

92 Entscheide abrufbar unter http://www.vpb.admin.ch/homepage_de.html.